

PRESUPUESTOS Y LÍMITES DEL DERECHO PENAL DEL CIUDADANO*

Michael Pawlik**

Resumen: el artículo se ocupa del fundamento y contenido del deber de cooperación en el mantenimiento de un estado de libertades como concepto central del Derecho penal. De una parte, se analiza cuáles son sus requisitos y alcance. De otra parte, se estudian posibles respuestas frente a los ciudadanos que no pueden ser considerados como destinatarios idóneos de dicho deber y frente a los cuales, por consiguiente, no es posible elevar un reproche penal en sentido estricto.

Palabras claves: filosofía del derecho penal, derecho penal del ciudadano, derecho penal y exclusión social, derecho preventivo, derecho de las medidas de seguridad.

* Este artículo corresponde a la ponencia presentada por el autor al interior del Seminario Iuscrim de la Universidad Pompeu Fabra el 21 de junio de 2022. Dicha ponencia, a su vez, constituye una versión ampliada de la contribución del autor en la siguiente obra: Hernán Darío Orozco López, Yesid Reyes Alvarado y Carmen Eloísa Ruiz López (eds.), *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Universidad de los Andes y Universidad de Ibagué, 2022). El presente artículo ha sido traducido por Hernán Darío Orozco López (Universidad Externado de Colombia), Humberto José Sierra Olivieri (Universidad Externado de Colombia) y Francisco Fernández Perales (Universidad Pompeu Fabra).

** Profesor de Derecho Penal, Derecho procesal penal y Filosofía del Derecho en la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Correo electrónico: michael.pawlik@jura.uni-freiburg.de. Fecha de recepción: 12 de enero de 2023. Fecha de aceptación: 13 de abril de 2023. Para citar el artículo: Pawlik, Michael. "Presupuestos y límites del derecho penal del ciudadano". *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 44, n.º 117 (julio-diciembre de 2023): 11-30.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v44n117.02>

REQUIREMENTS AND LIMITS OF CITIZEN CRIMINAL LAW

Abstract: The article deals with the basis and content of the duty to cooperate in the maintenance of a state of liberties as a central concept of criminal law. On the one hand, it analyzes its requirements and scope. On the other hand, it studies possible responses to citizens who cannot be considered as suitable recipients of this duty and against whom, therefore, it is not possible to raise a criminal reproach in the strict sense.

Keywords: Philosophy of Criminal law. Citizen criminal law. Criminal law and social exclusion. Preventive law. Security measures.

I.

Uno de los reproches más antiguos en contra de la filosofía moral de Kant es el de la objeción de que esta no contendría un nuevo principio de la moralidad, sino solo una nueva fórmula. En su opinión, esto revelaría un malentendido fundamental sobre la tarea de la filosofía. Ante dicha crítica, Kant reacciona de la siguiente manera: “Pero, ¿quién querría introducir un nuevo principio de toda la moralidad y, en cierta medida, inventarla primero? Como si hasta ese momento el mundo hubiese ignorado en qué consiste el deber o hubiese estado en un error general al respecto”¹. De esta manera, se expresa una postura decididamente antielitista. A diferencia, por ejemplo, de Platón, para Kant no cuenta “ningún especial conocimiento esotérico, sino solo aquella razón universal de la que cada uno dispone, aunque solo sea oscuramente”². Los filósofos simplemente disponen de un instrumental metódico más sutil que las personas en general, mediante el cual pueden ayudarlas a comprenderse mejor. Para Kant, esto no es un asunto de poca monta. Quien sepa lo que significa para un matemático una fórmula que indique de manera precisa el camino para resolver un problema no considerará una fórmula que haga lo mismo en relación con todo deber como algo insignificante y superfluo³. La muestra de humildad frente a la propia pretensión de conocimiento hace parte, desde entonces, de los rasgos distintivos de una filosofía que se sitúa en la senda de la tradición kantiana. Prácticamente nadie insistió con más ahínco sobre ello que Rudolf Stammler (1856-1938), quien fue aclamado por sus contemporáneos como el refundador de la filosofía del derecho. Stammler no pretendía presentar algún tipo de invención o exigencia, sino simplemente ayudarnos a “esclarecer a través de la autorreflexión metódica los pensamientos que realmente albergamos en relación con todas las representaciones jurídicas”⁴. Este esfuerzo sería todo

1 Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, AA t. 5, p. 8.

2 Höffe, *Kants Kritik der praktischen Vernunft*, 2012, p. 31.

3 Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, AA t. 5, p. 8.

4 Stammler, *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, t. 1, 1925, p. 400.

menos un lujoso e inútil ejercicio del arte por el arte. Por el contrario, solamente “el juicio sistemático sobre las aspiraciones y los objetivos que surgen de forma natural” posibilitaría un “procesamiento metódico del material condicionado de unos anhelos e impulsos generalmente salvajes”⁵, y, por lo tanto, sería una *conditio sine qua non* de verdadera actividad científica⁶.

Considero que la teoría de la fundamentación de la pena que he desarrollado constituye precisamente una contribución a la autognosis de la ciencia del derecho penal. En su núcleo se encuentra el concepto del deber ciudadano de cooperación para el mantenimiento de un estado de libertades. De acuerdo con esta, el delito consiste en la infracción de ese deber de cooperación, mientras que la pena significa que el delincuente queda sujeto a dicho deber, sin embargo, ya no en su manifestación original de una obligación de obediencia del derecho, sino en la nueva forma de una obligación de tolerar la imposición de un mal por parte del Estado⁷. La cuestión sobre la coherencia interna de esta teoría puede dejarse de lado en esta ocasión. En lo que sigue, me interesa más bien analizar en qué medida dicha teoría logra cumplir con su pretensión esclarecedora. Para esto procederé en tres pasos. En primera instancia, precisaré el alcance de esta pretensión (II); posteriormente discutiré el contenido del deber de cooperación jurídico-penal y, en particular, de su fundamento de legitimación, a saber, el estado de libertades (III); por último, integraré esas dos ideas generales, esbozaré los límites del genuino Derecho penal del ciudadano y finalizaré con algunas referencias a la configuración de un derecho preventivo [*Präventionsrecht*] que se halla por fuera del Derecho penal del ciudadano (IV).

II.

1. Stammler puso muy alto el listón sobre el poder esclarecedor de sus reflexiones. En sus palabras, estas clarifican “la clase del juicio fundamental que todo ser pensante ya posee y que ha ejercido incontables veces, aunque por lo general sin siquiera saberlo”⁸. Para poder cumplir con dicha exigencia se debería —como señala Stammler en un pretendido desarrollo del método crítico de Kant— apartar del ámbito operativo de la filosofía del derecho todo aquello que tenga que ver con

5 Ibid., p. 420.

6 Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2.^a ed., 1923, pp. 15 ss., 38.

7 Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 90 ss., 116 ss. [versión en español: *El injusto del ciudadano*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2023]; Pawlik, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, 2017, pp. 29 ss. [versión en español: *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*, Colección de Estudios, Universidad Externado de Colombia, 2019].

8 Stammler, *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, t. 2, 1925, p. 391.

el contenido de un derecho⁹ y limitarse de forma estricta a las “formas puras de la reflexión sobre el derecho”¹⁰. En el desarrollo de este programa, Stammler, sin embargo, corrió con la misma suerte que su gran antecesor. Así como Hegel dejó al descubierto las presuposiciones sustanciales ocultas en el imperativo categórico y en el concepto del derecho de Kant¹¹, los críticos de Stammler señalaron que también su concepción del “derecho correcto” [*richtiges Recht*]¹², la cual gira alrededor de la idea de cada ser humano como un fin en sí mismo, constituía —en contra de su aspiración meramente formal— un “ideal político de una naturaleza muy marcada” dentro de la tradición del liberalismo clásico¹³. Como señaló Erik Wolf, el hecho de que Stammler se hubiese quedado por debajo de su propia pretensión no demuestra ninguna flaqueza intelectual de su parte, sino una necesidad filosófico-cultural. Puesto que la idea del derecho correcto, como todos los valores culturales, solo sería reconocible a partir del substrato histórico objetivo, esta siempre representaría “solo una abstracción de las representaciones morales de la vida social que son dominantes en un momento histórico”¹⁴.

En mi opinión, del fracaso de Kant y Stammler, se debe sacar la conclusión de que el destinatario de la empresa esclarecedora de una teoría crítica del derecho penal no es simplemente el sujeto racional, sino más bien un sujeto situado cultural y políticamente de forma específica¹⁵. Si se busca un referente filosófico de esta postura, este se encontrará en el tardío John Rawls. A diferencia de la pretensión de validez universal de su *Teoría de la justicia*, el Rawls tardío deja en claro que le interesaría solamente la autocomprensión [*Selbstverständigung*] dentro de aquella formación cultural y política que se puede (o podía) llamar *grosso modo* “Occidente”¹⁶; su intención consiste en “recurrir exclusivamente a ideas intuitivas fundamentales que se encuentran arraigadas en las instituciones políticas de un Estado constitucional democrático y en las tradiciones públicas de su interpretación”¹⁷. Al igual que la filosofía política tardía de Rawls, mi teoría del derecho penal tampoco tiene pretensiones de universalidad, sino meramente de carácter hermenéutico; esta no busca entender el delito y la pena *sub specie*

9 Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 3.^a ed., 1924, p. 509.

10 Stammler, *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, t. 2, 1925, p. 6.

11 Hegel, Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, en *Werke*, t. 2, 1986, pp. 459 ss.; Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en *Werke*, t. 7, 1986, § 29 A, pp. 80 s.

12 Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 3.^a ed., 1924, p. 572; Stammler, *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, t. 1, 1925, p. 391.

13 De modo ejemplar Mezger, *Sein und Sollen im Recht*, 1920, p. 28.

14 Erik Wolf, *Strafrechtliche Schuldlehre*, 1928, p. 178.

15 Ya en este sentido Pawlik, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, pp. 31 ss.

16 Kersting, *John Rawls zur Einführung*, 1993, pp. 202 ss.

17 Rawls, *Die Idee des politischen Liberalismus*, 1994, p. 258.

aeternitatis, sino dentro de un horizonte cultural limitado. Cómo está constituido en concreto dicho horizonte cultural, qué incluye, pero también qué excluye, será abordado con más detalle en el próximo apartado. Antes, no obstante, quisiera perfilar con mayor detalle mi planteamiento mediante su comparación con la concepción de Jakobs.

2. Considero que una de las contribuciones centrales de Jakobs consiste en haber abierto los ojos de los penalistas a la dimensión sociocultural de su objeto de estudio. Encuentro menos afortunado, si bien resulta comprensible a la vista del clima intelectual de comienzos de los años setenta, que Jakobs, al desarrollar los rasgos fundamentales de su posición, apelara principalmente al funcionalismo de Niklas Luhmann¹⁸. Ha perjudicado enormemente a la discusión que la mezcla metodológicamente problemática de una perspectiva sociológica externa y una perspectiva dogmática interna realizada por Jakobs —un procedimiento que, por cierto, el propio Luhmann siempre rechazó— haya sido ampliamente malinterpretado como un soporte desde la teoría del delito a una instrumentalización totalitaria del individuo. Esto tuvo como consecuencia que una parte considerable de la ciencia jurídico-penal creyera que podía permitirse ignorar las conclusiones obtenidas por Jakobs. El hecho de que la ciencia jurídico-penal alemana de las últimas décadas se haya quedado a la zaga del nivel de reflexión del derecho público y, durante extensos tramos, se haya vuelto intelectualmente aburrida, tiene aquí una de sus más importantes causas.

Mi propia concepción, que es contraria a la idea positivista de que la ciencia jurídico-penal se ocupa de un sistema normativo, en cierto modo autosuficiente, busca, por el contrario, vincular la clausura normativa del pensamiento jurídico-penal con su apertura cognitiva respecto de su entorno social. Una ciencia del derecho penal autorreflexiva como la que tengo en mente comprende el derecho penal como un “derecho responsivo” (Christoph Menke) y se entiende a sí misma como una disciplina “transmisora” que, mediante el uso de conceptos normativos rectores apropiados, intenta reflejar internamente la información extraída del entorno social del derecho y procesarla correctamente¹⁹.

Así pues, a diferencia de Jakobs, en primer lugar, no deduzco directamente de la (supuesta) “configuración de la sociedad” la respuesta a preguntas particulares de la dogmática jurídico-penal. Por el contrario, toda la información externa debe traducirse a la semántica de los correspondientes principios rectores, insertarse en el sistema de las categorías básicas de la teoría del delito desarrolladas a partir de ellos y ser puesta en relación con los conceptos de la dogmática tradicional,

18 Desarrollo mi crítica a Jakobs con mayor detalle en: Pawlik (n. 15), pp. 61 ss.; el mismo, en: Kindhäuser *et al.* (eds.), *Strafrecht und Gesellschaft*, 2019, pp. 247 ss.

19 Con mayor detalle, Pawlik (n. 15), pp. 242 ss.

para así poder reclamar relevancia en el marco de la ciencia del derecho penal. En segundo lugar, no sucumbo a la ilusión de sobrestimar la homogeneidad de las sociedades modernas, lo que constituye un conocido peligro de los planteamientos de cuño hegeliano que también se manifiestan en la fórmula de Jakobs sobre la “configuración de la sociedad”. Con ello se sugiere que esa “configuración” existiría en singular y que podría ser constatada sin mayores dificultades mediante una observación cuidadosa; esas dos suposiciones son, sin embargo, excesivamente simplificadoras. Las diferencias interpretativas y valorativas son legítimas; por lo tanto, deben ser reconocidas y discutidas discursivamente, en vez de ocultarlas bajo el abrigo de una postura que supuestamente está orientada solo hacia el conocimiento²⁰. Finalmente, en tercer lugar, busco proteger a la teoría general del delito del error del envejecimiento. Esta puede y debe mostrar las estructuras categoriales y argumentativas fundamentales que sirven de orientación a la dogmática. Sin embargo, no debe creer que puede determinar exhaustivamente los pasos posteriores que son necesarios para modelar un paisaje dogmático plenamente desarrollado. Aquí, por el contrario, existe un espacio de contingencia que se va incrementando a medida que la concreción va aumentando, el cual puede ser llenado de manera diferente en los distintos ordenamientos jurídicos, aun cuando estos coincidan ampliamente en el plano de los fundamentos.

III.

1. Luego de esas reflexiones es posible retomar la cuestión sobre el horizonte específico de la teoría del derecho penal que defiendo. Dicho horizonte puede ser concebido de manera más o menos amplia. A primera vista podría parecer que el primer paso, esto es, ubicar en el centro de la legitimación del derecho penal el deber de cooperación en una empresa común, restringiría el horizonte de esta concepción de forma excesiva. ¿La aceptación de un deber de esa naturaleza no implica un sentido de la responsabilidad cívica muy profundo como el que se encuentra en Ucrania, pero no en la Alemania contemporánea y —como supongo— tampoco en Suramérica? Un admirado colega argentino, el profesor Donna, expresó en una ocasión esta inquietud con una cita de su compatriota Jorge Luis Borges:

El argentino, a diferencia de los americanos del Norte y de casi todos los europeos, no se identifica con el Estado. [...] [L]o cierto es que el argentino es un individuo, no es un ciudadano. Aforismos como el de Hegel “El Estado es la realidad de la idea moral” le parecen bromas siniestras.²¹

Esta objeción, sin embargo, no afecta la concepción que defiendo. Como ya Hegel puso de relieve, en los Estados modernos impera el principio de la división del

20 Al respecto, Pawlik, FS Paeffgen, 2015, pp. 13 ss.

21 Borges, *Otras Inquisiciones* (1952), en *Obras completas*, t. 2, p. 39.

trabajo²², y esto no solo en el ámbito de la economía, sino también en el del derecho. Esto implica una doble restricción del ámbito de responsabilidad jurídica de sus ciudadanos. En primer lugar, los ciudadanos —por lo menos al margen de las crisis políticas existenciales— no tienen una responsabilidad directa por el bien común estatal; ellos solo tienen que ajustarse al derecho y la ley. En segundo lugar, en palabras de Hegel, el “Estado genuino” [*nähere Staat*] no exige “directamente una actitud a su favor, sino más bien solo la prestación”²³; por consiguiente, las fuentes motivacionales de las cuales cada ciudadano extrae su disposición para ser fiel al derecho son cosa suya²⁴. Aunque considero que los costos de la imposición coactiva de un ordenamiento jurídico solo pueden ser mantenidos en un marco aceptable desde el punto de vista de la teoría de la libertad cuando el comportamiento fiel al derecho se da por sentado para la mayor parte de los ciudadanos —es decir, cuando estos se someten de forma general, por obediencia libre, al derecho, por lo que las acciones antijurídicas constituyen fenómenos aislados—²⁵, también tengo claro que no es posible exigir jurídicamente una actitud de esa naturaleza. Desde el punto de vista jurídico, el ciudadano solo está en la obligación de cumplir de forma externamente correcta con sus deberes jurídicos. Con esta conclusión también estarán de acuerdo (y de forma particular) los liberales ortodoxos, a pesar de que la fundamentarían de otra manera, es decir, sin recurrir a la categoría de un deber de cooperación. No obstante, aspiro a haber mostrado en el *Unrecht des Bürgers* y en las publicaciones que lo siguen que esas otras fundamentaciones no tienen la misma capacidad de mi concepción para pensar conjuntamente [*zusammendenken*] las dimensiones aparentemente contrarias que representarían el derecho penal y la libertad. La pretensión esclarecedora de mi teoría mencionada más arriba consiste precisamente en esto, es decir, en hacer fructífera del mejor modo posible una intuición fundamental ampliamente compartida para resolver los problemas jurídico-penales.

No obstante, reconozco que, en cierta medida, soy responsable de malentendidos como el que he acabado de mencionar. En particular, la denominación de mi teoría como “republicana”²⁶, inspirada en los trabajos del historiador de las ideas británico Quentin Skinner, invita a una sobreinterpretación. Con la elección de esa denominación solo trataba de anclar en el espectro de la filosofía política mi posición, según la cual la afirmación de la libertad individual incluye el deber de instaurar una comunidad en la que seres libres se gobiernen a sí mismos y de cooperar en su mantenimiento. Skinner muestra que, desde Hobbes y especialmente

22 Hegel, *Vorlesungen über die Ästhetik I*, en *Werke*, t. 13, 1986, p. 241.

23 Hegel, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, t. 3, 1974, p. 723.

24 Clarificador Kant, *Metaphysik der Sitten*, AA, t. 6, p. 231.

25 En detalle sobre lo que sigue Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 105 s.; Pawlik, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, 2017, pp. 35 ss.

26 *Ibid.*, pp. 43 ss.

en el liberalismo, esta concepción de la libertad ha sido sustituida en gran medida por una comprensión de la libertad definida como ausencia de injerencias externas, la cual, por lo tanto, tiene dificultades, desde el principio, para fundamentar deberes de cooperación respecto de entidades políticas supraindividuales. Por el contrario, un planteamiento republicano se caracteriza por distanciarse de todas las concepciones de la libertad individualistas —un ejemplo paradigmático de ellas son las teorías del contrato social— sin caer en las garras de las teorías colectivistas, pues solo puede hablarse de un estado de libertades en el sentido que yo lo concibo si la libertad es visible y perceptible en las condiciones de vida de cada ciudadano. El alcance de este último requisito quedará más claro en el transcurso de mi exposición.

Por el contrario, estoy muy lejos de la exigencia clásica del republicanismo conforme a la cual los ciudadanos deben actuar desde la conciencia de su responsabilidad frente a su comunidad política. Ni siquiera la actitud general de fidelidad al derecho, cuya amplia difusión entre los ciudadanos es, a mi juicio, indispensable para la estabilidad de un orden de libertades, tiene que estar motivada “republicanamente”; por lo general, ella beberá de otras fuentes totalmente diferentes y a menudo mucho menos nobles (como, por ejemplo, de la mera costumbre o del deseo de no molestar). Mientras los ciudadanos se comporten de manera fiel al derecho, el derecho penal como tal no cuestionará en absoluto su motivación. Así pues, en relación con mi concepción puede hablarse en el mejor de los casos de un “como-si-republicanismo” [*Als-ob-Republikanismus*]: si bien desde el punto de vista objetivo interpreta los mandatos jurídico-penales como una concreción de un deber de cooperación, desde el punto de vista subjetivo le basta que los ciudadanos actúen externamente *como si* les importara el mantenimiento de su comunidad política.

2. Así pues, la concepción por mí defendida está bastante lejos de tener rasgos reaccionarios. De hecho, la limitación de su propio horizonte se encuentra en un punto totalmente diferente, a saber, en el mantenimiento de un estado de libertades como fundamento de la legitimidad del deber de cooperación jurídico-penal. Por lo tanto, el propósito de garantizar la libertad fundamenta la legitimidad de unas penas genuinas acordes con el derecho penal del ciudadano, pero la limita a su vez. En este orden de ideas, ¿qué se debe entender por un estado de libertades? En este ámbito tampoco reclamo originalidad. Por el contrario, mi intención consiste en retomar los rasgos más importantes de esa concepción de la libertad que se ha desarrollado en los Estados democráticos de derecho de aquella región del mundo que al igual que Rawls denomina de forma general, “Occidente”, para luego —así al menos espero— aprehenderlos de la mejor forma posible desde el punto de vista teórico-penal.

Mi intento de reconstrucción parte de la concepción del ser humano como un ser que actúa, es decir, como un agente. Tal y como he expuesto con mayor detalle

en otro lugar, actuar significa tomar posición frente a alternativas normativas de forma competente, esto es, fundamentable²⁷. Por consiguiente, lo que tienen en común quien comete el hecho punible, quien lo condena y quien, desde el punto de vista científico, prepara esa sentencia y luego busca ordenarla dogmáticamente es lo siguiente: todos ellos son seres que ajustan su comportamiento a exigencias normativas de diversa procedencia (desde reglas técnicas de prudencia, pasando por normas de cortesía y de derecho hasta normas morales y religiosas) y que con sus acciones concretas ponen de manifiesto la relevancia para la vida práctica que le otorgan a esas normas. En mi *Unrecht des Bürgers* todavía no tenía claro que, por tal motivo, la teoría general del delito también debe partir de un fundamento antropológico, a saber, del concepto del ser humano como un ser que toma posición. Recién en mi texto *Normbestätigung und Identitätsbalance* tuve en cuenta, de forma adecuada, dicha consideración y, por lo tanto, pude materializar verdaderamente el objetivo que me había trazado en el *Unrecht des Bürgers*, consistente en anclar la teoría general del delito en la filosofía práctica.

Reconocer institucionalmente a un individuo como un agente solo va más allá del estatus de una concesión meramente verbal sin consecuencias prácticas cuando al sujeto en cuestión se le transmite que lo relevante *in praxi* es el contenido de su toma de posición. Por lo tanto, el orden normativo y su aplicación deben ser configurados en la mayor medida posible de tal manera que se presente una diferencia práctica relevante si las tomas de postura manifestadas por medio de su comportamiento son de una u otra naturaleza. La idea rectora (aunque quizás demasiado altisonante) de un orden normativo de esa naturaleza es la autodeterminación. Por lo menos desde Rousseau y Kant se considera que el punto de partida de todas las discusiones sobre cuestiones de filosofía política que satisfagan los estándares filosóficos es la idea de que con una comunidad política de agentes solo es compatible un orden de libertad como autodeterminación²⁸.

Determinar a alguien significa dominarlo. La particularidad de la *autodeterminación* consiste en que los sujetos, el que domina y el que es dominado, son idénticos. Quien vive de manera autodeterminada no permite que otros le dicten el contenido de sus acciones, sino que los establece de acuerdo con sus convicciones valorativas y finalidades. La principal tarea del derecho, y en especial del derecho penal, consiste en asegurar la aspiración de cada uno de poder conducir su vida de acuerdo con sus propios parámetros. Por supuesto que el Estado y el Derecho penal no pueden garantizarle a cada individuo una vida plena. No obstante, el derecho penal sí puede prestar una contribución que le posibilite a cada ciudadano una configuración de su propia existencia libre de un temor paralizante y una heterodeterminación abrumadora.

27 Ibid., pp. 7 ss.

28 Pawlik, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, pp. 14 ss.

Esto constituye, por supuesto, una directriz muy general. No obstante, la teoría del derecho penal, confrontada con el problema de concretizar dicha tarea, no debería —formulado de forma un tanto agresiva— hacerse la tonta. La combinación de reflexiones filosóficas con las abundantes experiencias prácticas que se han acumulado durante los dos últimos siglos en el ámbito de experimentación del “derecho penal” permite darle unos contornos adecuados. En relación con la configuración de las normas penales, este enfoque se opone por ejemplo a poner el énfasis de forma exclusiva en la protección de los bienes jurídicos amenazados, pues esto conduce a ampliar cada vez más el nivel de protección penal y adelantarlo al estadio previo a la verdadera acción lesiva²⁹. Así pues, el pensamiento en términos de bienes jurídicos debe ser reemplazado por un pensamiento en términos de relaciones jurídicas que, fuera de las pretensiones de protección, también tome en consideración las repercusiones de una prohibición jurídico-penal sobre la libertad de acción de los destinatarios del deber³⁰. Adicionalmente, las disposiciones jurídico-penales no pueden existir solo sobre el papel, sino que los ciudadanos tienen que poder confiar en que el Estado se tome en serio su aplicación. Un Estado que en el plano fáctico tolere espacios libres de derecho o que practique una persecución penal extremadamente selectiva podría incluso tener un hermoso Código Penal, pero en sentido estricto no es un Estado de libertades [*freiheitlicher Staat*]. Lo mismo aplica para la configuración del derecho procesal penal. Así, por ejemplo, las medidas investigativas y los métodos de interrogatorio nunca pueden responder exclusivamente a criterios de eficiencia, sino que también deben tener en cuenta los derechos de los procesados; asimismo, un sistema judicial que funcione adecuadamente debe garantizar que las restricciones sean observadas en la praxis y que su infracción sea sancionada de forma efectiva.

No obstante, el ciudadano que reclama autodeterminación actúa no solo en el rol de un particular responsable frente al derecho que está interesado en una protección efectiva de su integridad ante posibles daños, sino también en el rol de un ciudadano estatal que es responsable del derecho. En concordancia con esto, en su escrito, *Hacia la paz perpetua*, Kant rechaza, por considerarla tautológica, la concepción de acuerdo con la cual la libertad jurídica consistiría en poder hacer todo lo que se quiere siempre que no se actúe de forma injusta contra los demás, y propone en su lugar la siguiente conceptualización: la libertad jurídica sería “la autorización de no obedecer ninguna ley externa a la que no haya podido dar mi consentimiento”³¹. En el marco de su polémica con Beccaria y refiriéndose de forma expresa a las leyes penales especialmente invasivas, Kant aclara que no se trata de un consentimiento que se haya prestado efectivamente, sino de uno

29 Crítico al respecto Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 137 ss.

30 *Ibíd.*, pp. 141 ss.

31 Kant, *Zum ewigen Frieden*, AA, t. 8, p. 350, Obs.

que pueda esperarse de forma racional³². No obstante, en atención al “*factum del pluralismo*”³³, la “razón pura jurídico-legisladora”³⁴ invocada por Kant ya no puede encontrar más su expresión institucional en la personalidad individual soberana que descansa sobre sí misma y su conciencia, sino solamente en los acuerdos procedimentales idóneos. Luego de todas las experiencias históricas acumuladas, la forma de gobierno que ha demostrado ser la mejor hasta ahora es la democracia representativa y su evolución, a saber, la democracia participativa.

Finalmente, un orden de libertades tampoco puede contentarse con concederles a sus miembros determinados ámbitos de actuación, pero por lo demás —dicho de forma un poco exagerada— dejarlos librados a su suerte. Por el contrario, debe tomar en consideración que un ejercicio competente del derecho a la autodeterminación depende de prestaciones estatales adicionales y de naturaleza variada. Si bien es cierto que el derecho penal se ocupa en las sociedades de todo el mundo principalmente con personas pertenecientes a las clases más bajas, por lo menos debe estar encuadrado en un orden jurídico general que no excluya desde el principio a ningún ciudadano, sino que le brinde la oportunidad —aunque probablemente sea pequeña— de autorrealizarse y configurar individualmente su vida, empezando por un sistema educativo que funcione, pasando por prestaciones sociales e infraestructurales básicas y llegando a un sistema judicial que no le dificulte de forma prohibitiva el reconocimiento de su posición jurídica. Así pues, no es posible establecer la legitimidad de un orden jurídico-penal observando solo el derecho penal, sino que es necesario incluir la valoración del orden jurídico como un todo. En el transcurso de mis consideraciones, este aspecto seguirá desempeñando un papel importante.

IV.

1. Uno de los elementos centrales de la filosofía del derecho de Stammler es su distinción entre el concepto y la idea del derecho. El concepto del derecho separa una clase del querer humano [*menschliches Wollen*] de otras clases (de la moral, de las convenciones y del arbitrio). Por el contrario, a la idea del derecho subyacería la cuestión sobre la corrección fundamental del querer humano³⁵. A diferencia del concepto clasificatorio, la idea del derecho posee según Stammler un carácter regulativo³⁶. “Ella constituye una tarea, cuya solución no puede ser completamente satisfactoria en ningún caso particular, pero que como tarea nunca puede ser

32 Kant, *Metaphysik der Sitten*, AA, t. 6, p. 335.

33 Rawls, *Die Idee des politischen Liberalismus*, 1994, pp. 298 ss.

34 Kant, *Metaphysik der Sitten*, AA, t. 6, p. 335.

35 Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 2.^a ed., 1926, p. 23.

36 Stammler, *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, t. 1, 1925, p. 419.

eludida”³⁷, puesto que las dudas sobre si el derecho existente es conforme con la razón simple y llanamente no pueden ser dejadas de lado³⁸.

Como he mencionado, el deber de cooperación jurídico-penal sirve al mantenimiento de un estado de libertades. De acuerdo con la terminología de Stammler, esta definición de su tarea no se refiere al concepto, sino a la idea del derecho penal. Todo orden jurídico-penal necesita de una idea de esa naturaleza. Al igual que Stammler, considero que toda producción de derecho constituye el intento “de ser derecho correcto”³⁹, aunque no en el sentido de que de esta forma deba designarse la motivación real de quien produce el derecho, sino más bien en el sentido de que de esta forma se expresa el contenido de significado objetivo del acto performativo “producción del derecho” [*Rechtsetzung*]⁴⁰. Esto queda de manifiesto en el hecho de que —como el propio Stammler señala— es difícil “mencionar un solo ejemplo práctico en el cual el titular de un querer jurídico no hubiese afirmado en principio su legitimidad [*Berechtigung*”⁴¹.

Así pues, la constatación de que un determinado orden jurídico-penal cumple con dicha tarea solo de forma incompleta —¿pero sobre cuál no podría decirse esto?— no excluye desde un principio la posibilidad de interpretarlo, valorarlo y desarrollarlo en concordancia con esta. El grado de discrepancias entre el material jurídico positivo y la tarea constitutiva de la base para su interpretación, que es tolerable en cada caso, depende de los usos de la respectiva comunidad científica, así como de la forma literaria que se haya elegido. Así, una obra sobre la teoría general del delito puede permitirse mayores libertades que un comentario al Código Penal. No obstante, las discrepancias no pueden ser excesivas. Solamente puede ser considerado como una empresa esclarecedora en el sentido mencionado anteriormente un trabajo científico-penal que pueda ser visto como una validación [*Geltendmachung*] de valoraciones que —así sea solo de forma embrionaria— se encuentran presentes dentro del respectivo orden jurídico-penal. Si esto no es así, se debe presentar abiertamente como lo que es, a saber, como un contraproyecto externo, pero no como una interpretación interna (aunque crítica) del correspondiente orden jurídico. Así pues, un derecho penal que esté orientado de forma consecuente por finalidades no seculares se encuentra por fuera del horizonte que aquí se ha puesto de base, de la misma manera que sucede con un derecho penal que esté concebido como un instrumento para la intimidación y el disciplinamiento de la población en beneficio del grupo político dominante. Como siempre pongo de manifiesto en mis discusiones con colegas procedentes

37 *Ibíd.*, p. 419.

38 *Ibíd.*, pp. 29, 391.

39 Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 2.^a ed., 1926, p. 57.

40 Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 39 ss.

41 Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 2.^a ed., 1926, p. 57.

de China, si bien esto no excluye que algunas de las reflexiones que han sido desarrolladas bajo el horizonte de una concepción como la aquí defendida de un derecho penal de libertades puedan ser adoptadas por fuera de dicho horizonte, se debe tener siempre muy claro que la coloración ideológica con la cual aparecen allí es completamente diferente, incluidos los peligros de malentendidos y abusos que un cambio de colores de esa naturaleza trae consigo.

2. Aún más complejo es el hecho de que solo en relación con una parte de los miembros de la comunidad en derecho pueda decirse que gozan de las ventajas de un estado de libertades, mientras que en relación con otra parte sustancial tenga que constatarse que está excluida (si bien no jurídicamente, sí desde el punto de vista fáctico) de tal estado, puesto que no se beneficia prácticamente en nada de las prestaciones de los sistemas político y social existentes. Estamos hablando de los excluidos, cuyo estatus está marcado por una acumulación de exclusiones⁴²: “sin trabajo, sin ingresos, sin documentos, sin relaciones íntimas estables, sin acceso a la vida contractual y sin protección judicial”⁴³. Se trata de personas que, separadas espacialmente del resto de la sociedad, no experimentan a los representantes del Estado —si es que coinciden con ellos— (también) como garantes de sus derechos, sino solamente como enemigos, y que viven —como incluso Niklas Luhmann, quien siempre cultivó una actitud distante fría e irónica, constató con consternación luego de su encuentro con la pobreza en las favelas— “en un grado de miseria que se escapa a cualquier descripción”⁴⁴.

En las sociedades del bienestar, estables desde el punto de vista del Estado de derecho y con una infraestructura adecuada desde el punto de vista del Estado social, como es el caso de la República Federal Alemana, este problema es tan solo de interés teórico. En América del Sur, donde existe una distribución de las riquezas extremadamente injusta, la situación es totalmente diferente. Ciertamente en esta realidad social tampoco existe una frontera precisa entre los (ya) excluidos y los (todavía) incluidos, sino más bien una serie de niveles intermedios. No obstante, la existencia de esos límites borrosos no altera para nada el hecho de que en muchas partes del mundo y, de forma particular, en América del Sur, sigue existiendo un gran número de personas que son evidentemente excluidos sociales. Esto obliga a plantearse la pregunta de si no es de entrada inadmisibles declarar como destinatarios del deber de cooperación ciudadano y, por consiguiente, como potenciales autores de un genuino injusto criminal a aquellos habitantes de barrios marginales que, atrapados en un círculo vicioso de violencia, drogas y miseria, deben luchar cada día para obtener los bienes vitales mínimos para su subsistencia.

42 Stichweh, *Inklusion und Exklusion*, 2.^a ed., 2016, p. 47.

43 Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1998, p. 630.

44 Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, t. 4, 1995, p. 147.

En una contribución anterior he intentado mostrar que, en efecto, aquello no es posible⁴⁵. Esto es una tragedia no solo para las personas afectadas, sino también para el teórico del delito que considera que la tarea del derecho penal consiste en el mantenimiento de un estado de libertades, pues esa conclusión lo pone en una situación contradictoria. Por un lado, los ordenamientos jurídico-penales de los Estados en cuestión están configurados en principio de tal modo que pueden ser interpretados de la mano del mencionado paradigma de legitimación. Por el otro, sin embargo, un estado de libertades se caracteriza por el hecho de que no puede ser reducido a un mero orden normativo; por el contrario, dicho estado designa una forma de vida colectiva en la cual la libertad representa para los ciudadanos no solo una palabra, sino una realidad vital perceptible. Este es, como ya he destacado reiteradamente, el núcleo de mi republicanismo. Por tal motivo, en relación con los excluidos sociales es imposible, o al menos desleal, desarrollar ese paradigma de legitimación de la misma manera en la que se hace frente los incluidos sociales. ¿Cómo se debe proceder frente a este problema?⁴⁶ Esta es una cuestión que, a pesar de su evidente urgencia, solo es tematizada de forma excepcional.

3. En primera instancia, a los Estados que permiten la existencia de un grupo significativo de ciudadanos excluidos se les debe exigir que trabajen en la superación de esa deplorable situación mediante una adecuada política social y económica⁴⁷. No obstante, si se tienen en cuenta las experiencias pasadas, la expectativa de que esa exigencia sea escuchada en el corto plazo no parece demasiado alta. Mientras las condiciones sigan siendo las mismas, prácticamente no queda otra alternativa que reconocer abiertamente que en esos casos es indispensable un cambio de vía [*Spurwechsel*] desde el punto de vista teórico-penal. Puesto que el reproche de una lesión del deber de cooperación y, en especial, el *pathos* de la retribución de la culpabilidad tienen frente a los excluidos sociales tan solo un sonido hueco, el tratamiento jurídico-penal de esas personas realmente solo puede perseguir el objetivo de una defensa ante peligros cualificada [*qualifizierte Gefahrenabwehr*]. No se trata, por lo tanto, de derecho penal, sino de un derecho de las medidas de seguridad [*Maßregelrecht*].

Los criterios de fundamentación relevantes en este ámbito ya fueron delineados por von Liszt. De acuerdo con ello, en contra de los enemigos del mundo de los bienes jurídicos se debe proceder de forma especial-preventiva⁴⁸. No obstante, a diferencia de las formas de criminalidad relativamente idílicas que Liszt tenía

45 Pawlik, *FS Sancinetti*, 2020, pp. 150 ss., con ulteriores referencias [versión en español: El deber de cooperación ciudadano en derecho penal y la posición de los excluidos, *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, Universidad Externado de Colombia, 2022].

46 Acertado, en esa medida, Morse, *Alabama Civil Rights & Civil Liberties L. R.*, 2, 2011, p. 173.

47 Pawlik, *FS Sancinetti*, 2020, p. 154.

48 Sobre la dureza de Liszt en este ámbito véase Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 73 ss.

frente a sí, el peligro que se debe combatir en estos casos no proviene principalmente de personas individuales proclives al delito, sino de grupos criminales con una gran disposición y capacidad para ejercer violencia de forma masiva. Por consiguiente, el trabajo de la policía, los fiscales y los jueces debe concentrarse en el desmantelamiento de esas estructuras criminógenas. En mi opinión, las mayores probabilidades de éxito le corresponden a una praxis que someta a los jefes de banda a una mayor presión en la persecución y a unas sanciones más drásticas, mientras que, por el contrario, sea mucho más indulgente respecto de los miembros ordinarios y les abra la posibilidad de llevar una vida alejada del crimen.

Sin embargo, el problema consiste en que este objetivo sugiere una configuración de las disposiciones jurídicas materiales y procesales que en una serie de aspectos se encuentra —dicho de forma cuidadosa— en una relación no libre de tensiones respecto de las promesas de libertad de un derecho penal del ciudadano. Así pues, dicho objetivo anima a adelantar ampliamente la punibilidad material y las facultades de investigación procesales, a definir marcos penales más extensos, a consagrar regulaciones de delación más generosas y otros beneficios por la cooperación con la justicia, así como a reemplazar en gran medida el principio de legalidad por el de oportunidad. No obstante, sería demasiado cínico concluir que, en la medida que las sociedades en cuestión le han negado a un gran número de sus miembros los presupuestos infraestructurales de una existencia libre, entonces podría valer lo mismo en relación con las restantes conquistas —conseguidas históricamente a un alto precio— que constituyen un estado de libertades. Así pues, si el Derecho preventivo en contra de los excluidos no quiere quedar completamente por fuera del horizonte normativo que aquí se ha puesto de base, entonces no puede dejar de lado las conquistas normativas del derecho penal del ciudadano, aun cuando su paradigma de libertad se desplace del estatus de una idea rectora del derecho penal que ilumina todo el sistema al de una condición marginal [*Randbedingung*] de carácter indispensable. En definitiva, esto conduce a una estrategia mixta. De acuerdo con ella, las disposiciones del Derecho penal deben aplicarse cuando sean favorables a los intereses del procesado. Asimismo, no es aceptable una reducción de las garantías procesales.

El punto probablemente más delicado del derecho preventivo aquí esbozado hace referencia, sin embargo, a los parámetros para la imposición de la sanción. Lo más consecuente sería fijarla según la peligrosidad individual del detenido. Pero ¿qué significa eso exactamente? Si se defendiera seriamente la postura de mantener a los sujetos en cuestión encerrados hasta que su peligrosidad (como quiera que ella pueda determinarse) disminuya hasta una medida soportable, esto conduciría —si se tienen en cuenta que su pronóstico social es generalmente desastroso— a una duración exorbitante de la pena de prisión y, a su vez, a una saturación todavía más drástica en las prisiones. Asimismo, esto significaría, desde el punto de vista de la justicia, un desplazamiento altamente criticable de los fallos sociales de

carácter general a individuos concretos y, con ello, un debilitamiento de la presión política a favor del cambio.

¿Cómo se vería entonces una solución viable? Yo abogaría de nuevo, con toda cautela, por una estrategia mixta. Por un lado, no se debe utilizar la falta de oportunidades sociales como un pretexto para imponerle a la masa de los autores excluidos una sanción jurídica. En este sentido, no entran en consideración sanciones que sean más drásticas que aquellas que serían adecuadas de conformidad con el tradicional derecho penal de la culpabilidad, incluso teniendo plenamente en cuenta las dificultades para motivarse de acuerdo con la norma derivadas de la desastrosa situación social de la persona en cuestión⁴⁹. Por supuesto, soy consciente de que muchos de estos delincuentes seguirán representando un peligro considerable incluso después de salir de prisión, pero las sociedades excluyentes no pueden alcanzar un nivel de seguridad comparable al de sociedades ampliamente satisfechas y pacificadas como Alemania o España. La ubicuidad de la pequeña y mediana criminalidad es parte del precio a pagar por su estructura social. Por otro lado, no puede negarse que existen autores que, tras el fin de la duración ordinaria de su encarcelamiento, volverán a cometer graves delitos. En relación con estos sujetos, altamente peligrosos también según los parámetros de las sociedades excluyentes, es inevitable una custodia de seguridad [*Sicherungsverwahrung*]. El instituto de la custodia de seguridad es un caso límite en el marco de un Estado de derecho, por lo que debe estar configurado de forma suficientemente restrictiva. En particular, los requisitos de la custodia de seguridad deben estar definidos de forma tan restringida que en realidad solo se aplique en casos muy excepcionales; adicionalmente, tiene que garantizarse un minucioso control judicial. Sería muy fácil tachar una concepción de esta naturaleza como un compromiso viciado. Es verdad que esta representa un compromiso, y los amantes de teorías estéticas de una sola pieza no podrán estar contentos con ella. No obstante, lo viciado —si se quiere formular de esta forma— no es ese compromiso en sí, sino más bien la realidad social que obliga a ello.

La cuestión de la ejecución de la pena está estrechamente ligada con el punto apenas discutido. Un derecho penal del ciudadano en el sentido aquí expuesto no es imaginable sin otorgarle una importancia mayúscula al concepto de la resocialización. Una comunidad en derecho que en el acto de penar se dirige al autor en su rol de ciudadano debe configurar también la ejecución de esa pena respetando el estatus de ciudadano del autor; cualquier otra cosa sería barbarie⁵⁰. Según una acertada observación de Peter Noll, la comunidad en derecho no puede esperar que el delincuente reconozca y acepte su responsabilidad frente a ella, si niega

49 Insistente Silva Sánchez, *FS Kindhäuser*, 2019, p. 480.

50 De manera acertada, véase Hassemer, en Eser (ed.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 68.

su responsabilidad frente a él⁵¹. Justamente porque el autor es y sigue siendo ciudadano tiene derecho a que los efectos desocializadores de la pena privativa de la libertad sean contrarrestados en la medida de lo posible, así como a que se le ayude a poder cumplir adecuadamente en un futuro su deber primario de lealtad activa⁵². Por esto, la ejecución de la pena debe exhibir también una “faceta de apertura de posibilidades ‘sociales’”⁵³, es decir, debe proporcionarle al autor, en la medida de lo posible, más competencias de acción y participación social. Todo esto rige de igual manera e incluso con más razón en el caso del derecho preventivo dirigido a la delincuencia de los excluidos. Nuevamente es sobre todo frente a los miembros rasos de las bandas criminales que las instituciones estatales deben demostrar de forma activa que no los ven únicamente como factores perturbadores [*Störfaktoren*] que deben ser neutralizados cuando haya oportunidad, sino como conciudadanos que pueden esperar que se les ofrezca, al menos de forma aproximada, una situación que pueda ser designada como un estado de libertades.

Un Estado que en ejercicio de sus funciones de persecución y ejecución penal les niegue a los excluidos ese respeto básico constituye, de acuerdo con un concepto acuñado por el jurista y politólogo Ernst Fraenkel, un Estado dual⁵⁴, es decir, un Estado que frente a los incluidos se presenta como un *Estado de normas* [*Normenstaat*], mientras que frente a los excluidos aparece como un *Estado de medidas* [*Maßnahmenstaat*], que, por lo tanto, se ha despedido de la pretensión de al menos intentar desarrollar un derecho “correcto”, un derecho de libertades. Un tal *derecho de medidas* [*Maßnahmenrecht*] sería un cuerpo normativo extraño; dicho con más dureza, sería un pedazo de violencia estatal o, si no se le teme a esta última denominación, derecho penal del enemigo. Desde el punto de vista de la legitimación, dicho Estado no se diferenciaría de aquellos que combate.

4. A pesar de su evidente urgencia, la problemática aquí estudiada solamente es abordada de forma relativamente escasa por la ciencia jurídico-penal e incluso, en algunos casos, apenas si es reconocida como tal. ¿A qué se debe esto? Por un lado, es responsabilidad de la extendida interpretación del derecho penal como un derecho de protección de bienes jurídicos. Esta comprensión vuelve irreconocible desde el principio la distinción que ha sido resaltada, pues en relación con la lesión de un bien jurídico no es posible distinguir entre los hechos de los incluidos y los excluidos. Por otro lado, en esa reticencia se expresa el temor a pronunciarse a favor de un despiadado derecho de lucha [*Bekämpfungrecht*] contra los excluidos. Este temor, como he mostrado, no es infundado. No obstante, reaccionar a este problema mediante una ceguera deliberada tampoco es una solución convincente,

51 Noll, *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962, p. 26.

52 Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 120, con ulteriores referencias.

53 Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, p. 50.

54 Véase Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 1974, *passim*.

pues al equiparar a los incluidos y a los excluidos en el modelo teórico básico (lo que, sin embargo, conduce en la praxis a una masiva carga para los últimos) se les otorga a los ordenamientos jurídico-penales de las sociedades excluyentes una dignidad normativa que no les corresponde. Esa actitud no resulta entonces útil. La ciencia jurídico-penal debe ocuparse del tratamiento de los excluidos y reconocer que al hacerlo no actúa desde la lujosa distancia de una disciplina orientada exclusivamente a la comprensión del derecho, sino —también— como un actor político.

No quisiera finalizar con esa advertencia, sino volviendo al principio, a saber, al título de mi ponencia. En este espacio ya hemos discutido varias veces la presunción de que la teoría aquí defendida del derecho penal tendría unos presupuestos más ricos de lo que pareciera *prima facie*. En esta ponencia he tratado de mostrar que eso es efectivamente así, pero que ello no constituye un problema de mi concepción, sino más bien una ventaja: por una parte, porque esta teoría —a diferencia de sus adversarias— es capaz de reflejar sus propios límites e identificarlos argumentativamente; por otra parte, porque permite visualizar fenómenos que los penalistas no pueden ignorar si no quieren ser acusados de un tecnocratismo cínicco. Un estado de libertades es mucho más que un concepto teórico rector, se trata de —como la situación actual nos pone claramente de presente— una forma de vida que desde el punto de vista histórico y sociológico es altamente improbable, la cual precisamente por ello debe ser defendida y desarrollada constantemente, tanto en la teoría como en la praxis. Considero que mi teoría del derecho penal constituye una humilde contribución a este proyecto.

BIBLIOGRAFÍA

Borges, Jorge Luis. *Obras completas*, tomo 2. Buenos Aires, 1974.

Fraenkel, Ernst: *Der Doppelstaat. Recht und Justiz im „Dritten Reich*. Frankfurt am Main 1974.

Hassemer, Winfried. *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. En Eser, Albin *et al.* (eds.). München, 2000.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, en *Werke*, tomo 2. Frankfurt am Main, 1986.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en *Werke*, tomo 7. Frankfurt am Main, 1986.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Vorlesungen über die Ästhetik I*, En *Werke*, tomo 13. Frankfurt am Main, 1986.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, tomo 3. Stuttgart, 1974.

Höffe, Otfried. *Kants Kritik der praktischen Vernunft*. München, 2012.

Kant, Immanuel. *Kritik der praktischen Vernunft*, Akademie Ausgabe, tomo 5.

Kant, Immanuel. *Metaphysik der Sitten*, Akademie Ausgabe, tomo 6.

Kant, Immanuel. *Zum ewigen Frieden*, Akademie Ausgabe, tomo 8

Kersting, Wolfgang. *John Rawls zur Einführung*. Hamburg, 1993.

Köhler, Michael. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin, 1997.

Luhmann, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt, 1998.

Luhmann, Niklas. *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, t. 4. Frankfurt, 1995.

Morse, Stephen J. *Alabama Civil Rights & Civil Liberties L. R.*, 2, 2011.

Noll, Peter. *Die ethische Begründung der Strafe*. Tübingen, 1962.

Pawlik, Michael. *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln, 1999.

Pawlik, Michael. *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*. Tübingen, 2012.

Pawlik, Michael. *Der Kampf ums Dasein. Innovationen in der Allgemeinen Verbrechenlehre, evolutionstheoretisch betrachtet*. En Stuckenberg, Carl-Friedrich et al. (eds.). *Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat: Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015 (FS Paeffgen)*. Berlin, 2015.

Pawlik, Michael. *Die bürgerliche Mitwirkungspflicht im Strafrecht und die Stellung der Exkludierten*. En Hilgendorf, Eric et al. (eds.). *Brücken bauen: Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag (FS Sancinetti)*. Berlin, 2020.

Pawlik, Michael. *Das Strafrecht der Gesellschaft. Sozialphilosophische und sozialtheoretische Grundlagen von Günther Jakobs' Strafrechtsdenken*. En Kindhäuser et al. (eds.). *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*. Tübingen, 2019.

Pawlik, Michael. *Normbestätigung und Identitätsbalance. Über die Legitimation staatlichen Strafens*. Baden-Baden, 2017

Rawls, John. *Die Idee des politischen Liberalismus*. Frankfurt, 1994.

Silva Sánchez, Jesús María. *Soziale Ungleichheit und strafrechtliche Verantwortlichkeit*. En Böse *et al.* (eds.). *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag* (FS Kindhäuser). Baden-Baden, 2019.

Stammler, Rudolf. *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 2.^a ed. Halle (Saale), 1926.

Stammler, Rudolf. *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, tomos 1 y 2. Charlottenburg, 1925.

Stammler, Rudolf. *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2.^a ed. Halle (Saale), 1923.

Stammler, Rudolf. *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 3.^a ed. Leipzig, 1924.

Stichweh, Rudolf. *Inklusion und Exklusion*, 2.^a ed. Bielefeld, 2016.

Wolf, Eric. *Strafrechtliche Schuldlehre*. Mannheim, 1928.